

CAMINANDO SOBRE LA CUERDA FLOJA CONSTITUCIONAL: LA USA PATRIOT ACT Y LA “GUERRA CONTRA EL TERROR”*

Por

SCOTT E. SUNDBY / MARÍA ÁNGELES PÉREZ CEBADERA
Catedrático de Derecho / Profesora Contratada Doctora
Washington & Lee University Lexington, Virginia (Estados Unidos) / Universitat Jaume I
de Castellón

Revista General de Derecho Procesal 15 (2008)

En la "Guerra contra el Terror", cada país debe tomar decisiones sobre cómo combatir la amenaza del terrorismo de una forma que sea coherente con las libertades civiles. En este artículo se analiza la respuesta de Estados Unidos a los ataques del 11 de septiembre de 2001. Utilizando la experiencia norteamericana como ejemplo, el artículo resalta que cada nación debe caminar sobre una "cuerda floja" para asegurar que el Gobierno en su lucha contra el terrorismo no destruya los valores que se protegen en una sociedad.

I. INTRODUCCIÓN

Una Sociedad que sufre una gran crisis que amenaza su existencia afronta dos desafíos. El primero, obviamente, es vencer la causa inmediata de la crisis para asegurar la supervivencia de la sociedad. El segundo desafío consiste en que la sociedad resuelva el problema con sus instituciones y principios básicos intactos. Sin embargo, al intentar asegurar la supervivencia de la sociedad se crea, a menudo, una tensión con el segundo objetivo de mantener intactos los principios. Ello es especialmente cierto en una sociedad con tradición en las libertades civiles. La crisis más reciente en Estados

* Queremos agradecer a los Profesores David Jordan, Assistant Professor en la Universidad Washington and Lee (USA) y Nicolás González-Cuéllar Serrano, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Castilla-la Mancha, sus comentarios y observaciones en la elaboración de este artículo.

Unidos, la “guerra contra el terror” que se precipitó con los ataques del 11 de septiembre al World Trade Center y al Pentágono, ha creado una tensión así.

Este artículo explora cómo Estados Unidos ha respondido a los ataques del 11 de septiembre y subraya algunos de los conflictos legales y políticos que ha provocado la guerra contra el terror. Como objeto principal del trabajo, analizaremos en primer lugar la Patriot Act y algunas de sus disposiciones más controvertidas. Nos centraremos en la USA Patriot Act porque ha servido como “piedra de toque” para el debate sobre si la respuesta del Gobierno a la guerra contra el terror es apropiada y constitucional: los que la critican ven la ley como un asalto a los cimientos constitucionales de América, mientras que sus defensores alegan que sus detractores tienen una visión “histórica” y que la ley implica pocos peligros para las libertades civiles.

Nuestro objetivo al exponer la Patriot Act no es hacer un examen exhaustivo de sus artículos¹. Más bien, nos gustaría seleccionar algunas de sus disposiciones para intentar comprender porque la USA Patriot Act ha generado controversia. Para llevar a cabo este examen, esperamos ofrecer los elementos inequívocos sobre el papel que tiene el sistema legal de un país para intentar mediar entre los dos desafíos de combatir la crisis inmediata sin destruir los propios valores que se protegen.

Para comprender las preocupaciones que la Patriot Act ha provocado entre muchos abogados, jueces, y defensores de las libertades, se debe comprender el contexto en el que la ley fue aprobada. Después de los ataques del 11 de septiembre, el Gobierno dirigido por la Administración Bush cayó en un “modo de pensamiento de emergencia”. Existía un miedo palpable a que otro ataque pudiera ocurrir en cualquier momento, el enemigo era distinto a cualquier otro frente al que se hubiese enfrentado América y los “medios tradicionales” sobre la forma de pensar con respecto a la seguridad nacional se tenían que dejar a un lado. A veces se tenía percepción de que cuestionar la respuesta de la Administración Bush a los ataques del 11 de septiembre suponía el riesgo de ser considerado “antipatriota” (la USA PATRIOT ACT está correctamente escrito en mayúsculas porque su título es un ambicioso acrónimo que significa “Uniendo y Fortaleciendo América para Proveer los Instrumentos Apropriados Requeridos para Interceptar y Obstruir el Terrorismo”).

En esta atmósfera política, la Patriot Act se aprobó sólo seis semanas después del 11 de septiembre. Gran parte de la ley son disposiciones que habían sido propuestas en sesiones anteriores, pero que no habían obtenido el soporte necesario. Así, un documento de 342 páginas de gran complejidad, que modificó disposiciones dispersas

¹ V., MARIA-ANGELES PEREZ CEBADERA, “La Reacción Procesal Penal en USA tras el 11 de Septiembre,” 11 Tribunales de Justicia 1 (2002).

en el Código de Estados Unidos, fue aprobado con mínimas aportaciones legislativas y después de un escaso debate en el Congreso y el Senado. La Ley se centró menos en crear nuevos delitos de terrorismo y más en expandir el poder del gobierno para investigar y perseguir delitos existentes sobre el terrorismo.

II. PRECIPITACIÓN

El rápido proceso utilizado para aprobar la Patriot Act nos conduce a una de las principales preocupaciones de los que critican la ley, cuál es que socava el sistema de equilibrio entre los poderes del Estado, piedra angular del sistema democrático constitucional de Estados Unidos. De conformidad con la Constitución de Estados Unidos, la idea de los contrapesos o balances implica una importante garantía de que ninguno de los tres poderes-Ejecutivo, Legislativo o Judicial- puede llegar a ser demasiado fuerte, porque cada uno de ellos sólo puede actuar con la aprobación del otro poder. Por tanto, la precipitada aprobación de la Patriot Act, con escaso debate legislativo o aportaciones públicas, creó de forma inmediata un malestar constitucional para las personas preocupadas por el posible daño que para la tradicional salud de la Constitución pudiera derivarse, finalmente, de la guerra contra el terror. Después de todo, una pieza clave para controlar al Poder Ejecutivo –el requisito de la aprobación por mayoría del Congreso y el Senado (normalmente después de un considerable debate y compromiso) de cualquier propuesta del Presidente- en gran parte dejó de tener sentido cuando la Patriot Act se convirtió en ley de forma precipitada con carácter de urgencia.

III. LA AMPLIACIÓN DE LOS PODERES DEL EJECUTIVO

Pero, el temor de que la Patriot Act perjudique al sistema de “equilibrio de poderes”, va más allá de la forma de elaboración de la ley. Para los que dudan de la ley (o se muestran cautelosos frente a la misma), un gran número de disposiciones hacen sonar los timbres de alarma hasta el punto que se puede entender como una ampliación del Poder del Ejecutivo mientras se diluye el control que supone la revisión judicial. Por ejemplo, la ley, añade una Sección que permite al Fiscal General ordenar que un inmigrante, aunque sea un residente legal, sea detenido de forma indefinida simplemente porque considere que existen motivos razonables para creer que la persona está involucrada en actividades terroristas². Si el extranjero no puede ser condenado por un delito o expulsado, el Fiscal General aparentemente puede ordenar que el sujeto siga

² 8 USC 1226a (añadido por la USA Patriot Act (P.L. 107-56, Oct. 26, 2001)).

detenido si considera que puede poner en peligro a la comunidad, decisión que sólo se puede revisar por el Fiscal General cada seis meses³.

Aunque a primera vista la disposición no suene muy radical- ¿no debería el gobierno poder detener a los sospechosos de terrorismo?- dicha norma va en contra de varias garantías profundamente arraigadas en el sistema constitucional americano. En primer lugar, la norma parece permitir que la decisión del Fiscal General reemplace cualquier resolución judicial que establezca que el individuo no necesita ser detenido, por tanto, se suprimen las garantías procesales de una comparecencia y revisión judicial. La modificación es especialmente preocupante porque el individuo podría ser detenido de forma indefinida sin juicio, una posibilidad que al Tribunal Supremo norteamericano preocupa especialmente cuando la decisión del Ejecutivo de detener a una persona no se puede revisar judicialmente⁴.

Existen dos disposiciones más que han provocado una grave preocupación, relativas al aumento de poderes de la principal agencia del Gobierno, el FBI: La Patriot Act le da al FBI un nuevo poder para obtener las denominadas "Órdenes de Seguridad Nacional" y también aumenta los poderes de los que dispone el FBI de conformidad con la Ley FISA (Ley de Inteligencia Extranjera e Intervención de Comunicaciones). Como expondremos a continuación, tales disposiciones han sido en parte modificadas porque generaron fuertes críticas, especialmente en su redacción original, reflejaban el efecto de la Ley sobre el sistema de equilibrios que preocupaba a los críticos de la Patriot Act.

La disposición que prevé las Órdenes de Seguridad Nacional en su redacción original permitía que el FBI, sin posibilidad alguna de revisión judicial, obligase a un tercero a revelar la información financiera relativa a las comunicaciones sobre la base de que el FBI considerase que los informes eran "relevantes para una investigación autorizada para protegerse frente al terrorismo internacional o actividades de inteligencia clandestinas". Por tanto, cualquier persona o entidad con tales informes (como por ejemplo, un banco, un proveedor de Internet, una compañía telefónica, o incluso una biblioteca) podía ser obligado a revelar datos sobre las transacciones de un cliente simplemente a solicitud del FBI.

Y si el FBI quería acceder a más información que la relativa a Internet o de la compañía de teléfonos, la Patriot Act a través de la Sección 215, modificó la Ley FISA

³ Para una discusión sobre las posibles interpretaciones de la Sección 1226a y si la decisión del Fiscal General está sujeta a una revisión judicial, v. Norman Abrams, *Anti-Terrorism and Criminal Enforcement* (2nd Ed. 2005), pp. 287-90.

⁴ *United States v. Salerno*, 481 U.S. 739, 755 (1987) ("En nuestra sociedad la libertad es la norma, y la detención previa al juicio o sin juicio es una excepción cuidadosamente limitada."). Sobre la discusión en defensa y las críticas de la Sección 1226a, v. Abrams, *supra* nota 3 en pp. 287-90.

permitiendo que el FBI pudiese obligar a un tercero a presentar “cualquier cosa tangible (incluyendo libros, documentos oficiales, papeles, documentos y otros objetos)”. Para obtener esta autorización, el FBI no tiene que solicitarla a un tribunal sino a un tribunal especial previsto en la Ley FISA (el Tribunal FISA⁵), que se encarga de emitirla sin una revisión sustancial de la solicitud del FBI. Para obtener la orden judicial prevista en la Sección 215 el FBI sólo necesita especificar que los “documentos oficiales... se requieren para una investigación oficial” referente a “terrorismo internacional o espionaje”. Se trata de un cambio significativo en la utilización de las “Órdenes de Seguridad Nacional” previstas en la Sección 215 que se realizaba con anterioridad a la Patriot Act, ya que antes las “Órdenes” sólo se podían obtener para un limitado grupo de documentos y se exigía al FBI poder mostrar “hechos específicos y claros” de que la persona de la que se requieren los documentos “es una potencia extranjera o una agencia de una potencia extranjera”. Sin embargo, la Patriot Act modificó esta exigencia al permitir que el FBI pueda obtener una orden que le permite acceder a un amplio número de documentos de un individuo sin que se revise por un órgano judicial la validez de la afirmación del FBI de que la persona está de hecho involucrada en actividades terroristas.

Este aumento de posibilidades de las “Órdenes de Seguridad Nacional” y de las órdenes previstas en la Sección 215 crearon tensión con una pieza de clave en el control del Poder del Ejecutivo para registrar e incautar. La Cuarta Enmienda exige normalmente que un registro sólo se realice cuando un juez haya emitido una orden de registro porque considere que existe “causa probable” de que se ha cometido un delito⁶. Dado que la Cuarta Enmienda fue en gran parte una repuesta por la utilización de órdenes judiciales en las colonias americanas, que permitían al Rey registrar dondequiera y siempre que quisiera⁷, cualquier herramienta que permita potencialmente una amplia discrecionalidad sin un control judicial de la existencia de “causa probable” está destinado a provocar un estado de inquietud. Así, aunque las “Órdenes de Seguridad Nacional” y las órdenes previstas en la Sección 215 no son un cheque en blanco –porque en teoría están limitadas a investigar amenazas de inteligencia extranjera- otra vez subrayan la

⁵ Para un examen más completo del Tribunal FISA, v. infra las notas 11 y 12.

⁶ La IV Enmienda establece: “El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”.

⁷ Para un estudio general sobre el papel que desarrollaron las órdenes judiciales en la elaboración de la IV Enmienda, v. Scott E. Sundby, Protecting the Citizen 'Whilst He is Quiet': Suspicionless Searches, "Special Needs," and General Warrants, 74 Mississippi Law Journal 501 (2005).

preocupación de que la Patriot Act suaviza de forma importante el control judicial que se puede realizar sobre los poderes de investigación del Gobierno.

La disposición que establece las “Órdenes de Seguridad Nacional” y las reguladas en la Sección 215 se refieren también a otra antigua preocupación. Éstas, por ejemplo, hacen surgir preocupación por la posibilidad de que la Ley amenace el valor que supone la “transparencia” en el sistema norteamericano. La Constitución norteamericana establece disposiciones que pretenden asegurar que los actos estatales son públicos y revisables-el derecho a un juicio público, por ejemplo es una garantía en la Constitución, que el acusado tenga derecho a interrogar a los testigos que existan en su contra y a debatir la versión de los hechos presentada por el Fiscal⁸. Inherente al principio de transparencia es que a los funcionarios públicos se les pueda exigir responsabilidad si sus actos exceden los límites establecidos en la ley y que las forma de dichos actos puedan ser discutidos, ya que los actos del gobierno son públicos.

Sin embargo, las Órdenes de Seguridad Nacional y las previstas en la Sección 215 se emiten en secreto. Estas últimas se acuerdan por un tribunal (El Tribunal FISA) en un procedimiento secreto y cuyas acciones no se explican públicamente, a diferencia de lo que ocurre con una decisión judicial, mientras que las Órdenes de Seguridad Nacional ni siquiera requieren que un tribunal las emita. Incluso lo más notable es que, la Patriot Act pone una “mordaza” a aquellos a los que obliga a presentar documentos de conformidad con una Orden de Seguridad Nacional o una orden emitida de conformidad con la Sección 215, al establecer que “ninguna persona revelará a otra persona... que el FBI ha solicitado y obtenido objetos tangibles de conformidad con esta norma”. Esta obligación de silencio sobre aquellas personas a los que se les requiere que den los documentos significa que estas normas colisionan directamente con el principio de transparencia. Por tanto, no es sorprendente, que esta norma haya engendrado una gran controversia. Crea el desconcertante miedo (fantasma) de que el gobierno convertirá a ciudadanos normales, como son los bibliotecarios en informadores secretos del gobierno: obligándoles a a presentar las listas de libros que leen sus vecinos cuando un agente federal “llamó a su puerta” y prohibiéndoles para siempre que revelen que el gobierno ha conseguido la lista de los libros que sus conciudadanos leen.

Las críticas centradas en la posibilidad de que los bibliotecarios y libreros sean obligados a revelar las listas de lecturas originaron movimientos de protestas, ya que la idea de que el gobierno pueda husmear sobre lo que una persona está leyendo o mirando lleva a otro antiguo valor, que es la privacidad del pensamiento y el derecho a

⁸ Ambos derechos están garantizados en la VI Enmienda de la Constitución Federal norteamericana.

disentir. En una nación que se creó por inmigrantes que buscaban refugio de persecuciones políticas y religiosas, pocos derechos son más apreciados (queridos) en la Constitución que los que giran en torno a las libertades, garantizando que el ciudadano pueda pensar de forma independiente y mostrar su disenso. En consecuencia, la idea de que los agentes del gobierno puedan observar en secreto a los ciudadanos y vigilar que es lo que piensan es antitético con los orígenes de la nación y hace surgir la preocupación de que se está poniendo en peligro a la Constitución para luchar contra una amenaza actual.

Y, por supuesto, pocas actividades del gobierno plantean más preocupación sobre la privacidad de las personas que las intervenciones electrónicas. En esta materia la Patriot Act ha hecho importantes cambios. Primero, la Sección 216 permite que el Gobierno utilice mecanismos para vigilar la actividad de internet, como por ejemplo ver las páginas de internet visitadas y los contactos de correo electrónico, cuando justifique que la vigilancia ofrecerá “probablemente” información “relevante para investigaciones penales en curso”. Aunque se requieren algunas justificaciones para su uso, el estándar para poder utilizar los mecanismos de vigilancia es mucho menor que el que se requiere normalmente de conformidad con la Cuarta Enmienda, que exige que para que se emita una orden de registro se demuestre que existe “causa probable” de que el registro proporcionará pruebas de la comisión de un delito. La Sección 216 se justifica por sus defensores afirmando que un estándar similar se utiliza cuando el Gobierno quiere saber a qué números ha llamado una persona (a diferencia del que se requiere para escuchar el contenido de la conversación, que exige que un juez considere que existe probable causa para poder ordenar que se intervenga un teléfono)⁹. Sin embargo, los que están en contra de la norma afirman que se obtiene más información cuando se sabe que páginas webs se visitan por una persona que conociendo a qué teléfonos ha llamado, y que vigilar el uso que un ciudadano hace de Internet es particularmente más intrusivo en la privacidad del individuo y a su derecho a su libertad ideológica¹⁰.

Otra cuestión que también crea ansiedad y preocupación en relación con el derecho a la privacidad de las personas es la modificación que la Patriot Act introdujo en la Foreign Intelligence and Surveillance Act (FISA) (Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera), al permitir que el Servicio de Inteligencia pueda invocar con más facilidad su poder para investigar en secreto (espíar) cuando la seguridad nacional pueda estar implicada. Con anterioridad a la Patriot Act, el Servicio de Inteligencia sólo lo podía invocar “si el objeto

⁹ V. Orrin S. Kerr, Internet Surveillance Law After the USA PATRIOT Act: The Big Brother That Isn't, 97 Northwestern Univ. L. Rev. 607 (2003).

¹⁰ V. Erwin Chemerinsky, Losing Liberties: Applying a Foreign Intelligence Model to Domestic Law Enforcement, 51 UCLA Law Rev. 619, 1627 (2004).

de la vigilancia” era obtener información extranjera. Las modificaciones de la Patriot Act han reducido los requisitos a que “un *importante* propósito de la vigilancia sea obtener inteligencia extranjera”. En consecuencia, el Gobierno puede evitar el requisito que exige la Cuarta Enmienda de demostrar al juez que existe causa probable de que se van a obtener pruebas de la comisión de un delito (que es conocido como un requisito particular) simplemente alegando que la intervención de las comunicaciones electrónicas o registro físicos tiene un “importante” propósito en relación con la “inteligencia extranjera”. Además el Tribunal FISA debe “creer” la afirmación que realiza el Gobierno excepto si considera que es “claramente errónea” (un estándar que es muy difícil cumplir en el Derecho Americano)¹¹. Esta posibilidad de eludir la Cuarta Enmienda con simplemente alegar que existe un “aspecto de inteligencia extranjera” en la investigación penal condujo a que un juez Norteamericano considerara que el aumento de poderes de investigación que permite la FISA al poder realizar espionaje doméstico es inconstitucional (el caso en el que se resolvió en este sentido es el del ciudadano norteamericano Brandon Mayfield, que fue erróneamente considerado sospecho por el FBI de estar involucrado en los atentados en los trenes de Madrid del 11 de Marzo como consecuencia de haber sido objeto de investigación de conformidad con las normas de la FISA)¹².

Otro principio afectado por las modificaciones de la ley que se produjeron como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre es el del “sistema adversarial y la santidad de la relación abogado-cliente”. El sistema de justicia procesal penal norteamericano se basa en el principio de que un sujeto acusado de un delito será asistido por un abogado que rebatirá con fervor los argumentos y pruebas del fiscal. El abogado defensor, en consecuencia, es el “campeón” del cliente en el combate contra el Fiscal y sus poderes. Desde siempre se ha pensado que un abogado puede actuar,

¹¹ Sobre las críticas sobre el cambio de requisito para invocar FISA, v. David Hardin, *The Fuss over Two Small Words: The Unconstitutionality of the USA PATRIOT Act Amendments to FISA Under the Fourth Amendment*, 71 *George Washington Law Review* 291 (2003). V. también, *In Re: Sealed Case No.'s 02-001, 02-002, 310 F.3d 717* (U.S. Foreign Intelligence Surveillance Court of Review 2002) (declaraba que la adopción de la expresión un “importante propósito” tenía la intención de ampliar los poderes del Gobierno para utilizar FISA).

¹² *Mayfield v. United States*, 504 F.Supp.2d 1023, 1042 (D.Or.2007) (“El precio a disentir públicamente no debe temer a ser vigilado por un poder no controlado. Ni tampoco el medio a escuchas no autorizadas disuadir a que los ciudadanos disientan y discutan la acción del Gobierno en una conversación privada. Disentir en privado, no menos que hacerlo en público, es esencial para nuestra sociedad libre”).

efectivamente, como el “campeón” de su cliente, sólo si el acusado puede revelar toda la información al abogado con la confianza de que se mantendrá la confidencialidad¹³.

Sin embargo, poco después de la promulgación de la Patriot Act el Fiscal General aprobó una disposición administrativa que permite que el Gobierno pueda vigilar las comunicaciones entre un imputado y su abogado “si existen sospechas razonables para creer que un detenido pueda utilizar sus conversaciones con el abogado ... para realizar más o futuros actos terroristas (por ello el Gobierno designó un “equipo especial”, que en teoría revisa las conversaciones intervenidas para asegurar que ninguna conversación entre un abogado y su cliente se facilitan al Fiscal ni que ninguna información obtenida durante la intervención de las conversaciones se revela sin una orden judicial)¹⁴. La posibilidad de intervenir las comunicaciones entre un abogado y su cliente se añade a la facultad que ya tenía el Gobierno para utilizar “Medidas Administrativas Especiales” (conocidas como “SAMs”), que limitan la posibilidad de que el abogado se pueda poner contacto con otros por medio de su cliente¹⁵.

Como es lógico, visto que la intervención de las comunicaciones de un abogado con su cliente y las medidas previstas en el SAMs podrían socavar el papel del abogado como su “defensor”, estas disposiciones han sido duramente criticadas por la amenaza que suponen para el derecho a la asistencia letrada reconocido en la Sexta Enmienda. Al menos un juez rechazó emitir una orden basada en una medida administrativa especial (SAMs) ante la preocupación de que pondría en peligro el derecho del acusado “a ser oído por un independiente, cualificado representante legal”¹⁶. Y, por otro lado, la reciente condena a 28 meses de cárcel de una destacada abogada, Lynne Stewart, por hechos relacionados con la defensa de un acusado por terrorismo han aumentado la preocupación de que funcionamiento básico del sistema adversarial está bajo amenaza¹⁷.

¹³ V. United States v. Stein, 435 F.Supp.2d 330 (S.D.N.Y.2006) (trata la importancia del privilegio abogado).

¹⁴ 28 Code of Federal Regulations Section 501.3 (67 FR 77697).

¹⁵ 28 Code of Federal Regulations Section 501.3 (El Fiscal General puede acordar Medidas Administrativas Especiales (SAMs) a un detenido federal si considera que “hay un riesgo sustancial de que las comunicaciones del detenido o sus contactos con otras personas pudiesen causar la muerte o lesiones graves a personas....”).

¹⁶ United States v. Reid, 214 F.Supp. 2d 84 (D.Mass. 2002).

¹⁷ “Attorney Gets 28 Months for Aiding Terrorists,” <http://www.cnn.com/2006/LAW/10/16/terror.trial.ap>. La acusación de Stewart, de conformidad con la PATRIOT Act, dio lugar a apasionados debates entre los defensores y los críticos de la Ley sobre si la abogada merecía ser procesada y condenada. Se puede comparar, “Defending Lynne Stewart,” <http://www.talkleft.com/story/2005/02/17/688/77729> con Andrew C. McCarthy, “Lynne Stewart Gets 28 Months For Aiding Terrorists,”

IV. GUANTÁNAMO

Antes de terminar de explicar cómo principios y valores de larga tradición constitucional se ven potencialmente afectados por la repuesta del Gobierno a los atentados del 11 de septiembre, se debe tratar un tema que ha despertado un gran interés en el público nacional e internacional- la detención por el Gobierno de Bush de los “combatientes enemigos” en Guantánamo y el esfuerzo por juzgar a través de Tribunales Militares a los individuos acusados de terrorismo. Estos casos de algún modo son únicos y por ello se aplica a una categoría especial de individuos –aquellos a los que el Gobierno considera “combatientes enemigos” y no surgen directamente de la Patriot Act.

Sin embargo, estos casos nos sirven para nuestra discusión porque plantean la cuestión de cuál es el papel que desempeña el Poder Judicial para preservar valores fundamentales en tiempos de crisis.

En lo que se está convirtiendo en una epopeya legal, el Tribunal Supremo ha decidido tres casos y acaba de celebrar una comparecencia para debatir los argumentos en un cuarto caso, centrados en el tema de los “enemigos combatientes”. La posición inicial de la Administración es que el Poder Ejecutivo, el Gobierno, tiene “poderes inherentes para combatir la guerra” de conformidad con la Constitución, lo que le permite detener a los combatientes enemigos por el tiempo que considere necesario. La Administración también mantiene que los poderes para luchar contra la guerra que tiene el Presidente impiden que el Poder Judicial tenga algo que decir sobre la forma en la que el Gobierno trata a los enemigos combatientes. En dos casos decididos en 2004, *Rasul v. Bush*¹⁸ and *Hamdi v. Rumsfeld*¹⁹, el Tribunal rechazó la idea de que el Presidente pudiese impedir el control judicial de su decisión simplemente afirmando que el Gobierno tiene poderes en tiempos de guerra, señalando que “desde hace tiempo hemos dejado claro que un estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente cuando se refiere a los derechos de los ciudadanos”. En el caso de *Hamdi* el Tribunal Supremo añadió que, aunque fuese considerado un “combatiente enemigo”, también era un ciudadano de Estados Unidos y por tanto con “esenciales derechos constitucionales...”. En ambos casos, el Tribunal señaló el importante papel que desempeña el *habeas corpus* -la posibilidad de un individuo de solicitar a los tribunales federales que decidan si está detenido de forma inconstitucional-, incluso en tiempo de guerra.

<http://article.nationalreview.com/?q=MTUwYjEwM2NkOTNjYThkOWE3NTc3ZWNmOTAxMzZmNDU=>.

¹⁸ 542 U.S. 466 (2004).

¹⁹ 542 U.S. 507 (2004).

En respuesta a las decisiones en los casos de Rasul y Hamdi, el Gobierno creó los Tribunales Militares. En el año 2006 un extranjero detenido, Hadam, cuestionó los Tribunales de “Revisión del Estatuto del Combatiente” (CSRT’s). El Tribunal Supremo dio un paso adelante, esta vez declarando que los Tribunales Militares eran ilegales²⁰. Los fundamentos del Tribunal Supremo se centraron en el hecho de que el Congreso no reconocía a la Administración poder para crear los Tribunales y que éstos eran deficientes de conformidad con la Convención de Ginebra porque carecían de determinadas garantías procesales. Por tanto, el Tribunal Supremo decidió a favor de Hamdam, diciendo que el Tribunal no tenía competencia para juzgar a Hamdam, aunque este fuese un ciudadano extranjero detenido fuera de la jurisdicción de los Estados Unidos.

Sin embargo, Hamdan, no fue el final de la saga. La Administración de Bush convenció al Congreso para que aprobase la Ley de los Tribunales Militares, una norma que esencialmente vuelve a crear los Tribunales que fueron considerados ilegales en la decisión de Hamdam (aunque sin una aprobación expresa del Congreso), y eliminó la posibilidad de que un Tribunal Federal pudiese conocer de un proceso de habeas corpus contra los Tribunales (militares). En consecuencia, el escenario está preparado para otro enfrentamiento: ¿puede el Congreso y el Presidente suspender el derecho al habeas corpus en esta situación y, en consecuencia, imponer tribunales que el Tribunal Supremo ha considerado previamente carentes de suficientes garantías? El Tribunal Supremo resolverá estas cuestiones en el caso de Boumediene v. Bush. Como se puede imaginar, en círculos legales se considera un caso tremendamente importante acerca de como el Poder Judicial puede servir como garantía en tiempos de crisis.

V. ESTADO DEL DEBATE

Se podrían observar otras disposiciones de la Patriot Act y ver como hacen surgir preocupaciones similares, pero ahora ya tenemos una idea de la razón por la que la Ley ha generado tanto debate. La Ley fue en gran parte renovada en 2006. Se puede observar todavía cierta inquietud del Congreso, como en la legislación original, ya que el Congreso incluye limitaciones temporales de vigencia (“sunset provisions”) para las normas más controvertidas, con la exigencia de que sean reconsideradas después de cuatro años. El Congreso ha modificado la controvertidas disposiciones relativas a las Órdenes de Seguridad Nacional y la Sección 215 que examinamos con anterioridad, incluyendo una “relajación” para la aplicación de dichas normas a los bibliotecarios (lo

²⁰ Hamdan v. Rumsfeld, 126 S.Ct. 2749 (2006).

que, como hemos visto, es el principal problema), y el establecimiento de un procedimiento que permite que los destinatarios de las órdenes nacionales o las previstas en la Sección 215 puedan impugnar, después de un año, la resolución que les impide revelar que han entregado documentos²¹.

Sin embargo, las puntuales modificaciones en la Patriot Act no terminarán con el acalorado debate sobre la Ley²². Sus detractores ven en ella una red de normas que crean la posibilidad de que el remedio sea peor que la enfermedad –para proteger a la sociedad americana, valores fundamentales como el sistema de equilibrio de poderes, la transparencia en la actuación del gobierno y los derechos a la libertad ideológica y a disenter se ponen en peligro-. Por otro lado, sus defensores dicen que estas quejas ignoran las dificultades que supone luchar en la “guerra contra el terrorismo” y además añaden que, como las disposiciones están dirigidas a luchar contra el terrorismo, un ciudadano medio tiene poco de qué preocuparse en relación con sus libertades civiles. En resumen, los defensores opinan que el aumento de poderes del Gobierno es necesario y que los ciudadanos americanos deberían confiar en que sólo se utilizará en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional.

Cómo se valorará en último lugar, la conveniencia de la Patriot Act es una cuestión difícil, porque los desafíos a los que hacíamos referencia al principio de este artículo son importantes. Desde luego un gobierno tiene el derecho y el deber de proteger a sus ciudadanos frente al terrorismo, pero debe hacerlo sin poner en peligro principios constitucionales básicos. Si la Patriot Act estuviese limitada al control y a la investigación de potencias y agentes extranjeros que planifiquen actos terroristas contra Estados Unidos, la mayoría de los americanos no considerarían que sus derechos están en peligro. Sin embargo, la preocupación de los que critican la ley se basa en que es improbable que la compartimentación de los poderes de investigación tenga éxito. Y se pueden señalar varias razones para su escepticismo.

²¹ Además de los cambios mencionados en el texto, la USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005 establece que el Congreso pueda supervisar más la utilización de la Ordenes de Seguridad Nacional y las órdenes previstas en la Sección 215 y su limitada revisión judicial (aunque lejos todavía de lo que se exige normalmente con la IV Enmienda). Los cambios también conceden al destinatario de una Orden de Seguridad Nacional el derecho a consultar con un abogado, y que la consulta no suponga una violación de la exigencia de no revelación. Una disposición similar fue introducida al modificar en el año 2006 la Sección 215. Para un estudio completo de los cambios que se han realizado de la Patriot Act, v. Congressional Research Service, USA PATRIOT Act Improvement and Reauthorization Act of 2005: A Legal Analysis (Updated December 21, 2006).

²² Sobre los que argumentan que las reformas a la PATRIOT Act no remedian muchas de las preocupaciones que provoca la PATRIOT Act, v. ACLU Letter to Congress Urging A “No” Vote On the USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act Conference Report (Dec. 12, 2005), disponible en Jan. 13, 2006 at <http://www.aclu.org/safefree/general/22394leg20051207.html>.

En primer lugar, la propia Patriot Act (Sección 802) realiza una amplia definición de “terrorismo doméstico” que sirve de presupuesto de aplicación de muchas de las disposiciones de la ley. La definición incluye cualquier acto criminal que intente “intimidar o coaccionar a la población civil” o para “influir a la población de un Estado por intimidación o coacción”. Es una definición que los críticos de la ley han considerado que se puede interpretar que abarca a activistas contra la guerra cuando se rompen ventanas o, delitos “normales” como un robo o un secuestro, porque conllevan coacción²³.

En segundo lugar, como se advirtió anteriormente, la Patriot Act modificó la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (FISA) para permitir que los poderes especiales de investigación secreta puedan ser utilizados simplemente invocando que “un importante propósito” de la de la vigilancia sea obtener “inteligencia extranjera”. Para los que están preocupados porque el aumento de poderes del Gobierno de conformidad con la Patriot Act y la FISA se filtren en la aplicación de la ley ordinaria, la modificación parece un signo seguro de que compuerta que se supone que contendrá los poderes especiales para investigar la acciones terroristas aparte de la persecución e investigación de delitos “domésticos”, se romperá, conduciendo a que se limiten las garantías constitucionales para todo el mundo, no sólo para los miembros de Al Qaeda.

Finalmente, lo que determinará la percepción de los ciudadanos americanos de la conveniencia de la Patriot Act será su grado de confianza en que el Gobierno no abusará de sus poderes. Aunque no ayudan los últimos datos revelados acerca del ejercicio de poder abusivo de la Administración de Bush, a menudo en secreto, se puede argumentar que todavía existen medios de control para asegurar que la crisis que provocaron los atentados del 11 de septiembre se puede afrontar sin sacrificar las libertades individuales. Ciertamente, el Gobierno americano en otros momentos de crisis utilizó poderes que amenazaron valores básicos constituciones y, aun así, el país fue capaz de salir de la crisis con sus valores intactos.

El contraargumento, por supuesto, es que aunque tales hechos sucedieron en el pasado, no se puede garantizar que tales incursiones serán temporales. Una preocupación que aumenta ante crisis como la “Guerra contra el Terror”, sin un claro final en el tiempo. Para los que están preocupados en este sentido, la “confianza” se centra en la Constitución y en el equilibrio de poderes que han conservado la democracia constitucional de Estados Unidos por dos siglos.

Además, puede que uno de los medios que garantiza el sistema de equilibrio de poderes contra un Gobierno que excede de sus límites son las voces de los que observan si el Gobierno sobrepasa sus límites constitucionales: son voces no siempre

²³ Chemerinsky, *supra* nota 10 en pp. 1623-24.

determinantes para saber si una determinada norma es inconstitucional o injustificada, pero aseguran que los límites están siempre presentes en la mente de los ciudadanos.